

## BELGIUM, FRANCE, GERMANY

# L'ACTIVITÉ DU JUGE CONSTITUTIONNEL COMME LÉGISLATEUR-CADRE POSITIF

*Christian Behrendt\**

*Professor, University of Liege*

*[christian.behrendt@ulg.ac.be](mailto:christian.behrendt@ulg.ac.be)*

## INTRODUCTION

1.— La présente contribution vise à rendre compte des principaux éléments d'un projet de recherche que nous avons pu mener à terme récemment<sup>1</sup> et qui nous a valu le grand honneur de recevoir le *Prix de thèse du Groupement européen du droit public*.<sup>2</sup>

2.— Le contrôle de la constitutionnalité des lois, dans sa forme "européenne,"<sup>3</sup> concentrée dans les mains d'une juridiction constitutionnelle spécialisée, a déjà fait l'objet de très nombreux travaux et études. Ce n'est pas

\* L'auteur est diplômé des universités d'Oxford (Magister Jurs, 2001), de Paris I Panthéon-Sorbonne (Docteur en droit, 2005) et de Yale (LL.M., 2006)

<sup>1</sup> Thèse de doctorat soutenue en 2005 à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, sous la direction des professeurs Otto Pfersmann (Paris I) et Jean-Claude Scholsem (Liège), et parue en 2006 aux éditions Bruylant (Bruxelles) et LGDJ (Paris), sous le titre "*Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif*" (537 pages, ISBN 2-8027-2146-1). Nous tenons à exprimer toute notre gratitude à nos deux directeurs, qui, par leurs judicieux conseils, ont substantiellement amélioré la qualité de nos modestes travaux.

<sup>2</sup> Ainsi que le *Prix de thèse du Conseil constitutionnel français*. En raison de cette dernière distinction, le texte de la présente contribution a déjà été publié aux *Cahiers du Conseil constitutionnel* (n° 20, pages 161 à 168).

<sup>3</sup> Par opposition à sa forme "américaine". Pour une comparaison entre les modèles européen et américain de justice constitutionnelle, voy notamment L. Favoreu, "Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle," *Annuaire international de Justice constitutionnelle*, 4 (1988), 51–66, G. Nolte, "European and US constitutionalism: comparing essential elements," in *European and US Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 3–20, et M. Rosenfeld, "Constitutional adjudication in Europe and the United States: paradoxes and contrasts," in *même ouvrage*, 197–238.

l'objet ici de les répertorier; leur nombre est à ce point important que même une bibliographie sélective, limitée aux ordres juridiques belge, français et allemand, dépasse aisément plusieurs milliers de contributions.<sup>4</sup>

En analysant le concept du 'contrôle de la constitutionnalité des lois', la doctrine s'est ainsi intéressée à la différence qui existe entre la non-conformité *totale* et *partielle* d'une norme législative, elle a analysé le problème des *effets dans le temps* d'une invalidation, qui peut opérer *ex nunc* ou *ex tunc*, et elle a examiné la question de savoir si une norme législative, lorsqu'elle est invalidée, est ou non *séparable* du texte dont elle faisait partie. Par ailleurs, il a été relevé que la constatation formelle qu'une norme législative est contraire à la Constitution ne signifie pas nécessairement que cette norme peut être invalidée.<sup>5</sup> Là où l'invalidation est possible, la doctrine a décrit les tensions qui existent entre une disparition *ab initio* de la norme et le principe de *confiance légitime*.<sup>6</sup> Enfin, elle a abordé le problème de la *protection juridictionnelle provisoire*, c'est-à-dire le régime juridique applicable entre le moment où l'application d'une norme législative est *suspendue* et le moment où la décision *finale* qui statue sur sa constitutionnalité intervient.<sup>7</sup> Bref, la doctrine a réalisé des progrès tout à fait substantiels dans le domaine du contrôle de la constitutionnalité des lois.

3.- Mais malgré toutes ces avancées, l'intégralité des travaux que nous venons d'évoquer partent du présupposé que les décisions du juge constitutionnel pourraient seulement avoir un effet sur des normes législatives *déjà existantes*: ainsi, quand la doctrine évoque la distinction entre non-conformité partielle et totale, elle examine des normes législatives *existantes*; quand elle examine si une disposition législative est séparable d'une autre, elle compare deux normes *existantes*; quand elle disserte sur les effets dans le temps d'une annulation, elle recherche en définitive la date à

<sup>4</sup> Pour un premier aperçu, voy la bibliographie de nos recherches doctorales, même si celle-ci n'a aucune prétention à l'exhaustivité.

<sup>5</sup> Ce problème est omniprésent en Belgique, où la Cour d'arbitrage, saisie par voie préjudicielle, ne dispose pas de la possibilité d'annuler une norme législative qui est incompatible avec la Constitution, elle peut seulement en *constater* l'inconstitutionnalité. Aussi paradoxal que cela puisse paraître, la procédure préjudicielle, telle qu'elle est actuellement organisée, *permet donc expressément* la survivance de normes dont l'inconstitutionnalité est pourtant formellement établie par une décision de justice rendue en dernier ressort.

<sup>6</sup> L'une des manières de concilier ces deux concepts est de permettre au juge constitutionnel de déterminer *une date* à partir de laquelle sa décision déploie ses effets, afin de ne pas remettre en cause des situations juridiques existantes. Une telle possibilité existe notamment en Belgique, grâce au second alinéa de l'article 8 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage du 6 janvier 1989 (*Moniteur belge*, 7 janvier).

<sup>7</sup> Pour la Belgique, voy notamment G. Rosoux, "Leçons de l'éphémère ( ) La Cour d'arbitrage et la suspension," *Revue belge de droit constitutionnel*, 2003, 13-68.

laquelle une norme *existante* cesse d'avoir des effets en droit; enfin, quand elle fait référence au mécanisme de la protection constitutionnelle *ad interim*, elle évoque la possibilité de suspendre l'application d'une norme législative *existante*.

4.— Or — et c'est en ce sens qu'il convient de dépasser la théorie orthodoxe du contentieux constitutionnel — l'effet des décisions du juge constitutionnel ne se limite *pas* nécessairement aux normes législatives qui ont déjà été édictées mais peut aussi opérer *ad futurum*, c'est-à-dire peut avoir une incidence sur l'adoption ou le contenu de normes législatives que le Pouvoir législatif *n'a pas encore produites*. C'est précisément à ce problème que sont consacrées nos recherches.

5.— Il peut à première vue paraître insolite de consacrer un travail scientifique à une telle problématique: est-il bien sérieux d'examiner l'effet de décisions du juge constitutionnel sur des normes qui *n'existent pas encore*? S'agit-il vraiment d'une étude de droit constitutionnel *positif*? À cette question, on peut clairement répondre par l'affirmative et de très nombreuses décisions du juge constitutionnel français, belge et allemand permettent de démontrer ce point. Si, dans le cadre du présent exposé — qui se veut un résumé — nous ne pouvons les présenter dans leur intégralité, nous voudrions néanmoins en reproduire *deux*, l'une en provenance du juge constitutionnel français, l'autre de la Cour d'arbitrage belge.<sup>8</sup> Elles démontrent clairement que la juridiction constitutionnelle, lorsqu'elle opère un contrôle de conformité d'une norme législative existante, peut par ailleurs exercer une influence juridique *sur la production et le contenu de normes législatives futures*.

C'est ainsi qu'on peut lire dans une décision du Conseil constitutionnel français, rendue en 1983:

"Considérant que l'article 89 [de la loi soumise au Conseil] permet à certains agents de l'administration des impôts (...) de procéder (...) à (...) des perquisitions et des saisies pour la recherche des infractions en matière d'impôts directs et de taxes sur le chiffre d'affaires (. .);

Considérant que, selon les (...) auteurs de la saisine, l'article 89 est rédigé de façon imprécise et générale en ce qui concerne la nature des infractions poursuivies et les pouvoirs qu'il confère aux agents de l'administration des impôts; qu'en outre, il laisse les perquisitions qu'il prévoit à la discrétion de fonctionnaires qui peuvent y procéder alors même qu'il n'existe aucun indice

<sup>8</sup> Pour le surplus, nous nous permettons de renvoyer aux 2e et 3e parties de notre thèse, et spécialement aux *listes récapitulatives* qui reprennent l'intégralité des décisions ainsi recensées (ces listes figurent aux nos 151 et 275 de l'ouvrage)

d'infraction; que, par suite, ils estiment ces dispositions contraires à la liberté individuelle dont l'article 66 de la Constitution confie la garde à l'autorité judiciaire; (...)

Considérant que, quelles que soient les garanties dont les dispositions de l'article 89 entourent les opérations qu'elles visent, *ces dispositions ne précisent pas l'acception du terme infraction qui peut être entendu en plusieurs sens et ne limitent donc pas clairement le domaine ouvert aux investigations en question, qu'elles n'assignent pas de façon explicite au juge ayant le pouvoir d'autoriser les investigations des agents de l'administration la mission de vérifier, de façon concrète, le bien-fondé de la demande qui lui est soumise, qu'elles passent sous silence les possibilités d'intervention et de contrôle de l'autorité judiciaire dans le déroulement des opérations autorisées; qu'enfin, elles n'interdisent pas une interprétation selon laquelle seules les visites effectuées dans des locaux servant exclusivement à l'habitation devraient être spécialement autorisées par le juge, de telle sorte que à contrario, les visites opérées dans d'autres locaux pourraient donner lieu à des autorisations générales;*

Considérant qu'ainsi, *pour faire pleinement droit de façon expresse tant aux exigences de la liberté individuelle et de l'inviolabilité du domicile qu'à celles de la lutte contre la fraude fiscale, les dispositions de l'article 89 auraient dû être assorties de prescriptions et de précisions interdisant toute interprétation ou toute pratique abusive et ne sauraient dès lors, en l'état, être déclarées conformes à la Constitution.*"<sup>9</sup>

Dans un arrêt du 19 janvier 2005, le juge constitutionnel belge relève que:

"le législateur (...) a méconnu le principe d'égalité en établissant deux catégories de procédures dont l'une ne comporte pas de garanties de consultation et d'impartialité suffisantes.

Le moyen est fondé (...).

Pour éviter l'insécurité juridique qui naîtrait du caractère rétroactif de l'annulation, notamment à l'égard des personnes qui ont introduit une demande de permis en se fiant à la réglementation critiquée, et **afin de permettre au législateur (...) d'adopter une nouvelle réglementation**, il convient, en application de l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, de **maintenir les effets des dispositions annulées jusqu'au 31 décembre 2005.**"<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Conseil constitutionnel (ci-après CC), décision 164 DC du 29 décembre 1983 (*Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, n° 34, *Perquisitions fiscales*), Rec., 72-73 C'est nous qui soulignons

<sup>10</sup> Cour d'arbitrage (ci-après CA), arrêt 11/2005 du 19 janvier 2005, considérants B 5 5, alinéa 2, B 6 et B 8 C'est nous qui soulignons

6.— Dans ces deux illustrations, on peut observer que la décision du juge constitutionnel a non seulement une incidence sur la norme *qui lui est soumise* mais exerce également un effet sur *l'activité future* du législateur, puisqu'elle *prédétermine*, du moins partiellement, le contenu de normes législatives que celui-ci n'a pas encore édictées.<sup>11</sup> Nous pouvons par ailleurs constater que *l'intensité* de l'effet n'est pas identique dans les deux décisions: alors que la première ne crée, à proprement parler, aucune obligation de légiférer, tel est bien le cas dans la seconde.

7.— À partir de ces constatations, nous pouvons formuler quatre questions principales: Si l'on accepte l'idée que le juge constitutionnel exerce un « effet directeur » sur l'activité future du législateur, comment cet effet peut-il être décrit en termes *normatifs*? (I) Une fois cette description effectuée, comment ses différentes manifestations, à intensité variable, peuvent-elles être *classifiées*? (II) Ensuite, quelle est *l'importance* de l'effet directeur dans les trois pays analysés? En d'autres termes, combien de jugements du juge constitutionnel français, belge et allemand correspondent à chaque degré d'intensité? (III) Enfin, après avoir *décrit, classifié et quantifié* le recours à la technique de l'effet directeur, comment cette utilisation peut-elle être *évaluée*? Peut-on affirmer qu'elle constitue une inéluctable conséquence de la normativité, méconnue jusque dans un passé récent, de la Constitution ou convient-il de la considérer comme une ingérence *indue* des juridictions constitutionnelles dans le processus législatif, processus qui doit demeurer réservé aux Assemblées démocratiquement élues? (IV) Les développements qui suivent visent à présenter les principales réponses à ces questions, sans préjudice, bien entendu, d'un certain nombre de remarques complémentaires qui peuvent être trouvées ailleurs.<sup>12</sup>

## I. LA NOTION D'“INTERFÉRENCE”

8.— Dans les deux illustrations que nous venons de présenter, nous avons pu relever que les décisions du Conseil constitutionnel et de la Cour d'arbitrage avaient un effet sur le contenu de dispositions qui n'ont pas encore été produites. Nous désignerons par le terme “*interférence*” cette *incidence d'une décision d'une juridiction constitutionnelle sur l'activité normative future d'un organe législatif*, dans les deux décisions précitées, le

<sup>11</sup> Il nous importe beaucoup de souligner le caractère exclusivement *juridique* de notre étude. L'incidence *juridique* des décisions du juge constitutionnel sur l'activité du législateur doit être soigneusement distinguée de leur incidence simplement *factuelle*, ou *politique*, qui est étrangère à notre champ d'investigation (sur ce point, voyez les nos 5 et 6 de l'ouvrage).

<sup>12</sup> Nous indiquerons en note les passages de l'ouvrage qui y sont spécifiquement consacrés.

juge constitutionnel *interfère* donc —au sens technique— avec l'activité normative du législateur.<sup>13</sup>

La notion d'interférence, dans l'acception que nous venons de lui donner, constitue le *concept-clef* de notre travail: nos travaux portent sur *l'interférence du juge constitutionnel*<sup>14</sup> avec l'activité normative du législateur. Ce problème est analysé dans trois pays, à savoir en Belgique, en France et en Allemagne.

9.— Après avoir introduit la notion d'interférence en tant que telle, il convient de l'articuler dans le cadre d'une théorie générale du droit. Dès lors que notre perception du droit est fondée sur le *positivisme juridique*,<sup>15</sup> il échet de fournir une description de la notion d'interférence à l'aide des outils conceptuels que nous offre *cette* théorie.

10.— Disons-le d'emblée: la notion d'interférence peut être décrite comme une *habilitation* (en allemand: *Ermächtigung*, en anglais: *empowerment*). En effet, selon la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen,

dans le cadre d'un ordre juridique, "habiliter" signifie conférer un pouvoir juridique, c'est-à-dire la faculté de créer du droit.<sup>16</sup>

Le droit étant constitué de normes juridiques, l'*habilitation* désigne donc l'action de conférer à un organe la faculté de produire des normes

<sup>13</sup> La notion d'"interférence," telle que nous venons de l'employer ici, constitue une notion *purement technique*, créée spécialement pour l'occasion, dont la portée s'écarte des significations courantes. La même observation vaut pour le verbe « interférer ». La création de ces notions est cependant indispensable parce que nous ne pouvons nous baser sur aucune notion préexistante qui serait en mesure de refléter fidèlement le phénomène en question. Pour plus de détails sur ce point, voy. les nos 7 et 101-103 de l'ouvrage.

<sup>14</sup> L'expression "juge constitutionnel" ne vise naturellement pas un magistrat constitutionnel, personne physique, mais a été choisie par commodité de langage pour désigner la jurisprudence de la juridiction constitutionnelle.

<sup>15</sup> Cette précision n'est pas vaine, comme l'observe fort opportunément Lucien François (L. François, *Le cap des tempêtes, Essai de microscopie du droit*, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 2001, 57, note 27) bien trop peu d'auteurs prennent la peine d'indiquer, lorsqu'ils procèdent à l'analyse d'un concept juridique, la *théorie du droit sur laquelle ils se fondent*, or, cette précision est essentielle dans la mesure où il n'existe pas une *seule et unique* théorie du droit, mais *plusieurs théories concurrentes*, comme par exemple celles du positivisme, du jurnaturalisme, du réalisme (cette théorie étant notamment soutenue par le professeur italien Ricardo Guastini et le professeur français Michel Troper) et du dworkinisme (d'après le philosophe du droit américain Ronald Dworkin, cette dernière théorie étant particulièrement influente dans le monde anglophone).

<sup>16</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2e édition, traduction Ch. Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, 161. Texte original (*Reine Rechtslehre*, 2e édition, Vienne, Deuticke, 1960, 123) [ "Sofern « ermächtigen » innerhalb einer Rechtsordnung soviel bedeutet wie eine Rechtsmacht, das heißt, die Fähigkeit verleihen, Recht zu erzeugen ( )" ]

*juridiques, en déterminant les conditions de validité de ces normes.* Or, puisque l'habilitation permet la production de normes juridiques et qu'une norme juridique ne peut exister qu'en vertu d'une autre norme juridique,<sup>17</sup> une habilitation constitue *elle-même* une norme juridique.

Le juge constitutionnel qui interfère avec l'activité normative du législateur, en lui indiquant comment une loi peut être rédigée, produit donc une *norme juridique* qui habilite ce dernier à édicter une loi conformément à l'interférence émise. La notion d'*interférence* peut dès lors être définie comme *l'habilitation qui confère à son destinataire le pouvoir de produire à l'avenir*<sup>18</sup> *des normes dotées d'un certain contenu*, étant entendu que, dans le cadre de notre recherche, *l'auteur* de la norme d'habilitation est le juge constitutionnel et que son *destinataire* est le législateur.

## II. LA CLASSIFICATION DES INTERFÉRENCES

11.— Le "moule commun" des interférences étant dégagé, il convient de partir à la recherche de critères qui nous permettent de procéder à une subdivision du concept d'"interférence," afin de répartir les interférences en plusieurs *catégories*.

12.— Pour trouver ce critère de division, il suffit de poursuivre la lecture de la *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen. En exposant le concept d'habilitation, le professeur de Vienne relève:

Il n'est pas superflu de souligner qu'il n'y a aucune nécessité à ce que, lorsqu'un individu est habilité à une conduite déterminée, il soit pour autant obligé à cette conduite. Mais il est naturellement possible, et il se rencontre fréquemment en fait qu'un individu ou un ensemble d'individus soient, en même temps qu'habilités, juridiquement obligés de faire usage de cette habilitation, c'est-à-dire que l'action à laquelle le sujet est habilité par l'ordre

<sup>17</sup> Voy H Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2e édition, traduction Ch Eisenmann, *ouvrage précité*, 256 "La validité d'une norme ne peut avoir d'autre fondement qu'une autre norme" Texte original [ "Der Geltungsgrund einer Norm kann nur eine andere Norm sein" ] (*Reine Rechtslehre*, 2e édition, *ouvrage précité*, 196) Cette idée était déjà présente dans la première édition de la *Reine Rechtslehre* de 1934 voy les pages 65, 72 et 82-83 (Leipzig et Vienne, Deuticke, 1934)

<sup>18</sup> On pourrait nous reprocher le caractère superfétatoire des mots "à l'avenir," en affirmant qu'une habilitation est nécessairement accordée pour l'avenir. Pour ceux qui estiment que ce point va de soi, ces mots peuvent effectivement être omis. Nous avons cependant pour notre part moins de certitudes: une habilitation ne pourrait-elle jamais être dotée d'une portée rétroactive?

juridique soit en même temps prescrite, c'est-à-dire érigée en contenu d'une obligation.<sup>19</sup>

On le voit, Kelsen distingue deux cas de figure: dans l'un, l'organe auquel l'habilitation est accordée est en même temps destinataire d'une obligation juridique qui lui impose de faire usage de cette habilitation, dans l'autre, cette obligation fait défaut. Nous avons déjà précédemment relevé que toute interférence constitue techniquement une habilitation. Ceci nous permet d'appliquer la distinction mise en avant par Kelsen à la notion d'interférence.

La *summa divisio* de nos recherches peut dès lors s'énoncer comme suit: l'interférence est-elle ou non assortie d'un caractère contraignant ? Autrement dit: l'habilitation qu'accorde le juge constitutionnel au législateur est-elle ou non accompagnée d'une *obligation juridique* qui vise à mettre en œuvre cette habilitation ? On voit ainsi apparaître deux catégories d'interférences, selon que l'habilitation accordée par le juge constitutionnel au législateur est ou non accompagnée d'une *obligation juridique* qui lui impose d'en faire usage

13.- La première catégorie comprend les interférences qui ont un caractère simplement *permissif*. Le législateur est habilité à produire des normes législatives dotées d'un certain contenu, sans pour autant y être obligé. Ces interférences seront appelées *lignes directrices*.

14.- Le second groupe comprend les habilitations dont la mise en œuvre est sanctionnée par une obligation juridique. Le législateur est non seulement habilité à produire des normes législatives futures, mais une norme juridique lui impose par ailleurs de faire usage de cette habilitation. Les énoncés du juge constitutionnel ont par conséquent un caractère *obligatoire*. Ces interférences seront dénommées *injonctions*<sup>20</sup>

<sup>19</sup> H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2e édition, traduction Ch. Eisenmann, *ouvrage précité*, 161-162 Texte original (*Reine Rechtslehre*, *ouvrage précité*, 123) [ "Da Normen nicht nur ein bestimmtes Verhalten gebieten (oder verbieten), sondern auch zu einem bestimmten Verhalten ermächtigen können, ist es nicht überflüssig, hervorzuheben, daß, wenn ein Individuum zu einem bestimmten Verhalten ermächtigt ist, es damit zu diesem Verhalten nicht verpflichtet sein muß ( ) Aber man kann rechtlich verpflichtet sein, von einer Ermächtigung Gebrauch zu machen, eine Handlung, zu der ein Individuum von der Rechtsordnung ermächtigt ist, kann zugleich geboten, das heißt zum Inhalt seiner Pflicht gemacht sein " ] On remarquera que les mots "et il se rencontre fréquemment en fait" qui figurent dans la traduction d'Eisenmann font défaut dans le texte original de Kelsen Traduire, c'est déjà interpréter

<sup>20</sup> Tout comme les termes *interférence* et *ligne directrice*, cette appellation est purement conventionnelle, mais il faut bien disposer d'une terminologie



15.— À l'intérieur de ces deux grandes catégories d'interférences, des classifications *supplémentaires*, plus fines, peuvent encore être opérées. L'on se permettra toutefois de ne pas les étudier dans le cadre du présent exposé.<sup>21</sup>

\* \* \*

16.— Cette division des interférences — qui, sans exemples concrets, peut paraître assez abstraite — est illustrée par de nombreuses décisions au cours des seconde et troisième parties de notre travail, l'une consacrée aux lignes directrices (seconde partie) et l'autre aux injonctions (troisième partie). C'est à cet examen de jurisprudence constitutionnelle, qui comprend, en termes de volume, près de deux tiers de notre thèse et passe en revue une centaine de décisions du Conseil constitutionnel, de la Cour d'arbitrage et du *Bundesverfassungsgericht* allemand, que nous nous permettons de renvoyer le lecteur intéressé.

### III. L'IMPORTANCE QUANTITATIVE DES INTERFÉRENCES

17.— Après avoir décrit et classifié les différentes manifestations des interférences, il échet de savoir *combien* de décisions du juge constitutionnel français, belge et allemand correspondent à chaque degré d'intensité. Il s'agit en d'autres termes de déterminer l'*importance quantitative* des interférences dans notre champ de recherche. Afin de fidèlement refléter la réalité, nous devons analyser séparément l'importance des *lignes directrices* et des *injonctions*.

18.— Avant de réaliser ces opérations, une observation générale doit encore être émise. Loin de représenter une simple opération de comptage, l'évaluation quantitative de la présence des interférences dans la jurisprudence constitutionnelle française, belge et allemande constitue une tâche malaisée. Bien que nous disposions d'un "moule théorique commun" auquel tous les énoncés du juge constitutionnel peuvent être confrontés,<sup>22</sup> une catégorisation binaire des décisions selon qu'elles contiennent ou non une interférence — en quelque sorte une division en décisions "blanches" et "noires" — est souvent difficile à réaliser en pratique. Cette difficulté est avant tout générée par la *diversité de la formulation* des énoncés du juge constitutionnel, diversité qu'aucune théorie ne permet d'englober

<sup>21</sup> Sur ce point, voy., dans l'ouvrage, les nos 96 et 101—103 (présentation générale), 132—138 (subdivision des lignes directrices) et 199—210 (subdivision des injonctions)

<sup>22</sup> Voy ci-dessus, nos 8—10

complètement. Si la doctrine constitutionnelle n'est pas en mesure de fournir une théorie qui puisse "travailler toute seule", c'est-à-dire identifier d'une manière mécanique, sur la base de critères objectifs, les décisions qui nous intéressent, c'est parce que les différents types de décision

ne constituent pas des catégories claires, étanches et cloisonnées. Il advient qu'ils se superposent et que telle ou telle décision d'une cour constitutionnelle ne puisse être classée parfaitement dans une seule catégorie. Il est également difficile, en droit comparé, d'identifier clairement le profil caractéristique de chaque type de décision et les rapports étroits qu'il peut présenter avec d'autres profils ou catégories.<sup>23</sup>

L'observation du professeur Fernández Rodríguez peut se résumer en quatre mots: le "*gris*" *subsistera toujours*. Ce constat préliminaire ne doit cependant pas conduire à l'inertie scientifique: ce n'est pas parce qu'une analyse ne peut être effectuée avec une précision parfaite qu'elle doit être complètement abandonnée. Si tel était le cas, le genre humain ne réaliserait probablement *plus aucune* recherche portant sur des faits observables. À l'instar des peintres qui dessinent des cercles sans jamais atteindre le cercle parfait, nos travaux visent donc à proposer des classifications qui demeurent tout aussi indigentes.

# 1. *L'importance des lignes directrices*

19.- Sur la base d'une lecture *exhaustive* des décisions du juge constitutionnel français<sup>24</sup> et belge,<sup>25</sup> et sur la base d'une *sélection* des décisions du juge constitutionnel allemande,<sup>26</sup> les constatations suivantes peuvent être émises (une statistique complète, qui comprend les références précises de toutes les lignes directrices que nous avons pu recenser, peut être trouvée au numéro 151 de l'ouvrage).

<sup>23</sup> J J Fernández Rodríguez, "Typologie des dispositifs des décisions des cours constitutionnelles," *Revue belge de droit constitutionnel*, 1998, 335

<sup>24</sup> En France, ont été prises en compte toutes les décisions pertinentes rendues jusqu'au 1er juillet 2005 inclus, soit

- toutes les décisions pertinentes de la série DC jusqu'au numéro 515 inclus,
- toutes les décisions de la série L jusqu'au numéro 200 inclus ainsi que
- l'unique décision de la série LP (1 LP)

<sup>25</sup> En Belgique, ont été prises en compte toutes les décisions rendues jusqu'au 1er juillet 2005 inclus, soit jusqu'à l'arrêt 118/2005 inclus

<sup>26</sup> Le volume total de la jurisprudence du *Bundesverfassungsgericht* dépasse les 47 000 pages, de sorte qu'un dépouillement intégral de ses décisions nous était matériellement impossible

19.1— La première observation tient en ce que le nombre de lignes directrices est nettement plus élevé en France qu'en Belgique ou en Allemagne. Alors que 75 cas peuvent être relevés dans les décisions du juge constitutionnel français, on n'en dénombre que 34 dans les arrêts de son homologue belge et 6 dans les jugements de son collègue d'outre-Rhin. À première vue, ce résultat peut étonner: ne s'accorde-t-on pas à dire que le juge constitutionnel français fait généralement preuve d'une plus grande prudence à l'égard du législateur que le juge constitutionnel allemand ?<sup>27</sup>

Or, la contradiction n'est qu'apparente: plus un juge constitutionnel adopte une attitude respectueuse vis-à-vis du Pouvoir législatif, plus il aura recours, lorsqu'il interfère avec l'activité normative du législateur, à des interférences *non* obligatoires, c'est-à-dire à des lignes directrices. À l'inverse, plus un juge constitutionnel développe une jurisprudence interventionniste, plus il émettra des interférences *obligatoires*, c'est-à-dire des injonctions. Considérés sous cet angle, le nombre élevé d'interférences *non* obligatoires en France et leur faible quantité en Allemagne ne peuvent surprendre.<sup>28</sup>

19.2— La deuxième constatation qui ressort de notre recherche est que l'utilisation des lignes directrices *progress*e en France: plus de la moitié d'entre elles (43 sur 75) ont été émises au cours des quinze dernières années (1990-2005).<sup>29</sup> Aucune augmentation significative ne peut en revanche être constatée dans les deux autres pays.

## 2. *L'importance des injonctions*

20.— Au niveau des interférences *obligatoires*, les résultats sont sensiblement différents (une statistique exhaustive de toutes ces décisions peut être trouvée au n° 275 de l'ouvrage). Trois observations générales peuvent être formulées.

20.1— La première consiste à signaler que le nombre des injonctions est nettement plus élevé en Allemagne qu'en Belgique ou en France. Si 60 cas

<sup>27</sup> Voy notamment M Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, 134, L Favoreu, "La constitutionnalisation de l'ordre juridique Considérations générales," *Revue belge de droit constitutionnel*, 1998, 235—236, J J Fernández Rodríguez, "Typologie des dispositifs des décisions des cours constitutionnelles," *Revue belge de droit constitutionnel*, 345—346, E Zoller, *Droit constitutionnel*, 2e édition, Paris, PUF, 1999, 177—179 et 280

<sup>28</sup> La retenue du Conseil constitutionnel suppose en effet une parcimonie d'*injonctions*, non un faible nombre de *lignes directrices*. De même, le rôle pionnier du juge constitutionnel allemand est établi par un grand nombre d'*injonctions*, non par une multitude de *lignes directrices*. C'est donc la statistique relative aux *injonctions* (voy ci-après) qui permet seule d'apprécier la pertinence des thèses susmentionnées

<sup>29</sup> Par rapport à une activité totale du Conseil de 46 années (1959—2005)

peuvent être relevés au sein de la jurisprudence du juge constitutionnel allemand, on n'en dénombre que 20 dans les arrêts de la Cour d'arbitrage et six dans les décisions du Conseil constitutionnel. Ce résultat est parfaitement conforme à nos attentes: le juge constitutionnel allemand est beaucoup plus interventionniste que ses homologues français et belge, et les présentes statistiques confirment cette impression par des chiffres concrets (même si l'on ne doit pas oublier que le *Bundesverfassungsgericht* existe depuis *plus longtemps* que ses homologues belge et français).

20.2– La deuxième remarque tient en ce que la technique des injonctions de légiférer constitue un phénomène juridique *assez ancien*: le premier cas observable en Allemagne date de juin 1958,<sup>30</sup> soit d'une époque où le Conseil constitutionnel français n'était pas encore né. Ce serait donc commettre une grave erreur de jugement que de mettre en cause le caractère *durable* du phénomène et d'affirmer qu'il s'agit d'un simple "effet de mode," avec toute la connotation éphémère que cette qualification implique.

20.3– Enfin, la troisième observation tient en ce que l'utilisation des injonctions – spécialement de celles assorties d'un délai pour légiférer – progresse de manière significative *en Belgique*: alors qu'on dénombre dix cas pour toute la période de 1985 à 2003 (soit dix-huit années), on en compte six pour la seule année 2004. Pendant l'année 2005, quatre cas supplémentaires doivent être mentionnés.<sup>31</sup> Aucune augmentation notable, dans un passé récent, ne peut en revanche être constatée dans les deux autres pays, même si l'on peut relever en Allemagne une légère augmentation de la fréquence des injonctions depuis les années soixante-dix.

\* \* \*

21.– À l'issue de la présente section consacrée à l'importance quantitative des interférences, on peut par ailleurs émettre une observation générale, qui est valable à la fois pour les lignes directrices et pour les injonctions.

L'ordre juridique français est doté d'une Cour constitutionnelle qui effectue un contrôle *général* et *a priori* de constitutionnalité des normes législatives. L'ordre juridique allemand possède un système de contrôle *général* et *a posteriori*. L'ordre juridique belge connaît quant à lui un mécanisme *spécialisé* et *a posteriori*. Or, on peut clairement établir que les

<sup>30</sup> Décision du 11 juin 1958, *BVerfGE* 8, 1 (28)

<sup>31</sup> Au 1er juillet 2005, date de la clôture de nos recherches. Il s'agit des arrêts CA, 11/2005 du 19 janvier 2005 (exposé au n° 5 de la présente contribution), 29/2005 du 9 février 2005, 62/2005 du 23 mars 2005 et 101/2005 du 1er juin 2005

interférences, qu'elles soient ou non pourvues d'une force obligatoire, sont présentes *dans chacun de ces trois États*, malgré les différences – sensibles – relatives à la mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité. En d'autres termes, les interférences sont observables *tant* dans la jurisprudence d'une Cour constitutionnelle à compétence générale *que* dans celle d'une "cour constitutionnelle à compétence limitée,"<sup>32</sup> et *tant* dans les décisions rendues dans un contrôle *a priori* *que* dans celles prononcées *a posteriori*. Ceci permet d'affirmer que l'articulation *ratione materiee* et *ratione temporis* du contrôle de la constitutionnalité des normes législatives est *sans incidence* sur l'existence d'injonctions du juge constitutionnel dans l'activité normative du législateur. Cette conclusion est substantielle, dans la mesure où elle apporte un élément supplémentaire au 'socle commun' du contentieux de constitutionnalité, dont les *éléments constitutifs communs* sont en train d'être dégagés.<sup>33</sup>

#### IV. LE RECOURS À LA TECHNIQUE DES INTERFÉRENCES: UNE TENTATIVE D'ÉVALUATION

22. – Après avoir décrit, classifié et quantifié les différentes manifestations des interférences dans les trois pays de notre champ de recherche, une dernière question subsiste: comment faut-il, *évaluer* leur utilisation par la Cour d'arbitrage, le Conseil constitutionnel et le *Bundesverfassungsgericht* ? À cet égard, nos travaux semblent permettre trois constatations majeures.

23. – La première, de loin la plus importante, constitue la véritable 'thèse' de notre travail: le juge constitutionnel *interfère réellement* – au sens technique du terme – avec l'activité normative du Pouvoir législatif, en lui *permettant* la production de dispositions législatives (lignes directrices) ou en lui *prescrivant* une telle production (injonctions). Comme le permet en effet d'établir l'examen des décisions du juge constitutionnel français, belge et allemand auquel nous nous sommes livré,<sup>34</sup> ces 'interférences' peuvent être *concrètement observées* dans la jurisprudence constitutionnelle de nos pays de référence. Techniquement, elles constituent des *habilitations de production normative* par lesquelles le juge constitutionnel indique au

<sup>32</sup> CA, arrêt 32 du 29 janvier 1987, considérant B b 8 l

<sup>33</sup> En langue française, voy notamment L. Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, 3e édition, Paris, PUF, Collection "Que sais-je ?" (n° 2293), 1996, 127 pages, M. Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, 140 pages, et J. Pini, *Recherches sur le contentieux de constitutionnalité*, thèse (Aix-Marseille III, 1997), non publiée, 453 pages dactylographiées

<sup>34</sup> Voy les 2e et 3e parties de l'ouvrage

*législateur quel contenu les dispositions futures devront avoir pour être conformes au prescrit constitutionnel.*

24.— Le second constat se situe sur un autre plan, celui de la philosophie politique: loin d'enlever au législateur un pouvoir de décision, les interférences ont précisément pour effet de le lui *restituer*. Lorsque le juge constitutionnel interfère avec l'activité normative du législateur, cela témoigne, aussi paradoxal que cela puisse paraître, d'une forme d'auto-limitation (*selfrestraint*) du magistrat constitutionnel: le Pouvoir législatif est amené à élaborer *lui-même* une réglementation et d'en porter la *responsabilité politique*. Si l'on part de la maxime que, dans un État démocratique, les décisions de principe doivent être prises par des Assemblées parlementaires, élues au suffrage universel, le fait de les conduire à *effectivement exercer* ce pouvoir ne constitue pas une manifestation d'un "gouvernement des juges" mais *prévient justement une érosion du Pouvoir législatif*. Que les décisions des Assemblées soient soumises à l'*appréciation de l'électeur* va de soi: il s'agit là de l'essence du parlementarisme. C'est précisément pour cette raison que *l'abandon des prérogatives parlementaires ne peut être admis* et doit, le cas échéant, être combattu par le juge constitutionnel.<sup>35</sup> La doctrine allemande a été attentive à cette facette particulière du contentieux constitutionnel dès les années soixante-dix<sup>36</sup> et la même idée peut être retrouvée dans les écrits constitutionnels italiens<sup>37</sup> et français.<sup>38</sup>

<sup>35</sup> Même la formulation d'une *obligation de légiférer* est conforme à cet objectif

<sup>36</sup> W Rupp-von Brunneck, "Verfassungsgerichtsbarkeit und gesetzgebende Gewalt, Wechselseitiges Verhältnis zwischen Verfassungsgericht und Parlament," *Archiv des öffentlichen Rechts*, 102 (1977), 20, et A Gerontas, "Die Appellentscheidungen, Sondervotumsappelle und die bloße Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit," *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1982, 486

<sup>37</sup> A Pizzorusso, "Les sentences de la Cour constitutionnelle et la couverture financière des lois," *Annuaire international de Justice constitutionnelle*, 4 (1988), 496

"l'adoption, par les juges constitutionnels, de solutions techniques comme celles qui consistent en l'emploi de types de décisions diversement intermédiaires, entre celles d'admission et celles de rejet, ne constitue pas, contrairement à ce que certains semblent penser, une prévarication à l'égard des autres pouvoirs de l'État, mais *constitue bien une forme d'autolimitation de la Cour constitutionnelle* tendant à éviter les difficultés excessives engendrées par l'annulation de lois entières ou de dispositions de lois contenant des éléments d'inconstitutionnalité "

C'est nous qui soulignons

<sup>38</sup> Th di Manno, *Le juge constitutionnel et la technique des décisions 'interprétatives' en France et en Italie*, thèse (Aix-Marseille III, 1996), Aix-en-Provence et Paris, PUAM et Economica, 1997, 18, et A Viala, *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse (Montpellier I, 1998), Paris, LGDJ, 1999, 288

25.— Le troisième et dernier constat concerne plus spécifiquement les interférences *obligatoires*, c'est-à-dire les *injonctions*. Si l'on excepte les six décisions du Conseil constitutionnel français qui relèvent de cette catégorie,<sup>39</sup> il s'agit là d'un phénomène *exclusivement belge et allemand*. Or, la comparaison entre ces deux pays débouche sur des résultats inattendus: si le juge constitutionnel allemand a la réputation d'être particulièrement interventionniste — interventionnisme dont l'arrêt *IVG II*<sup>40</sup> constitue sans doute la dernière avancée — la Cour d'arbitrage belge semble, ces dernières années, avoir amorcé une politique à bien des égards *plus active encore*. Ce 'surplus' d'activisme du juge constitutionnel belge se manifeste de quatre façons différentes.

25.1— Le premier indice qui permet de conclure à une intensité plus *grande* des interventions du juge constitutionnel belge tient en le simple *nombre* d'injonctions qui sont adressées au législateur. Si le juge constitutionnel allemand a, en chiffres absolus, émis davantage d'injonctions que son homologue belge,<sup>41</sup> ce dernier utilise depuis peu cette technique d'une manière véritablement *immodérée* et dépasse, *proportionnellement à la même période*, de loin l'activité du premier.<sup>42</sup>

25.2— La seconde manière par laquelle se traduit la plus grande intensité des injonctions du juge constitutionnel belge a trait à la *durée des délais* que la Cour d'arbitrage et le *Bundesverfassungsgericht* accordent au législateur pour mettre fin à une inconstitutionnalité.<sup>43</sup> alors que la Cour de Karlsruhe accorde en moyenne 21 mois au Pouvoir législatif pour apporter les corrections nécessaires, la Cour de Bruxelles exige en moyenne une réaction dans les neuf mois.<sup>44</sup>

25.3— Troisièmement, l'intensité des injonctions émises par le *Bundesverfassungsgericht* et la Cour d'arbitrage diffère en raison de la *qualité même* des délais qui sont accordés au législateur: alors que le juge

<sup>39</sup> Il s'agit des décisions 111 DC du 30 décembre 1979 (*Rec*, 40), 138 DC du 25 février 1982 (*Rec*, 44), 410 DC du 15 mars 1999 (considérant 17), 431 DC du 6 juillet 2000 (considérant 11), 447 du 18 juillet 2001 (considéranants 14–15) et 468 DC du 3 avril 2003 (considéranants 26–28) Sur ce point, voy aussi le n° 275 de l'ouvrage

<sup>40</sup> Commenté au n° 269 de l'ouvrage

<sup>41</sup> Soixante injonctions en Allemagne, par rapport à vingt en Belgique Ce résultat ne peut toutefois étonner la première décision de la Cour allemande (*BVerfGE* 1, 1) date de 1951, alors que le premier arrêt de la Cour d'arbitrage (arrêt 1) n'intervient que 34 ans plus tard, en 1985

<sup>42</sup> Pour une statistique précise, voy les tableaux présentés au n° 275 de l'ouvrage

<sup>43</sup> Pour une statistique précise sur la longueur des délais dans les deux pays, voy les tableaux présentés au n° 278 de l'ouvrage

<sup>44</sup> Voy le n° 279 1 de l'ouvrage

constitutionnel allemand a principalement recours au mécanisme – plutôt modéré – des délais *de sollicitation*, son homologue belge utilise en règle la catégorie – nettement plus énergique – des délais *d'abrogation*.<sup>45</sup> Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles, quand ce second mécanisme de délais risque de véritablement compromettre *la pérennité du système parlementaire*, que la Cour d'arbitrage assortit, elle aussi, ses injonctions d'un délai de sollicitation.<sup>46</sup> L'utilisation presque systématique des délais d'abrogation est cependant *dangereuse* et peut exposer l'ordre juridique belge à des problèmes essentiels de fonctionnement. Une illustration patente en est l'arrêt 106/2004 de la Cour d'arbitrage du 16 juin 2004, relative à la procédure de publication des textes législatifs et réglementaires, auquel le législateur ne donne suite qu'*in extremis*, à 48 heures de l'expiration du délai imparti.<sup>47</sup>

25.4 – Il existe encore un quatrième aspect qui démontre la plus grande intensité des injonctions du juge constitutionnel belge: contrairement à son homologue de Karlsruhe, la Cour de Bruxelles n'assortit pas ses interférences de *mesures provisoires*.<sup>48</sup> Or, c'est précisément l'*absence* de telles mesures qui traduit une intensité *plus grande* des interventions du juge

<sup>45</sup> Cette distinction, essentielle, entre délais de sollicitation et d'abrogation peut être résumée comme suit. Lorsqu'il a recours à un délai de *sollicitation*, le juge constitutionnel indique au législateur le moment pour lequel celui-ci doit avoir produit la norme *destinée à faire disparaître l'inconstitutionnalité* (par exemple pour le 30 juin 2006). En revanche, lorsqu'il formule un délai *d'abrogation*, il indique au législateur le laps de temps au cours duquel la norme *déclarée inconstitutionnelle* peut encore être appliquée (il énonce par exemple que telle norme législative *peut encore être appliquée* jusqu'au 30 juin 2006). Le délai de sollicitation prend donc comme point de référence la norme que le législateur *doit produire* (la 'nouvelle' norme), tandis que le délai d'abrogation prend comme point de référence la norme qui doit *être remplacée* (l'ancienne' norme). Les deux formes de délais ont des effets substantiellement différents: contrairement au dépassement d'un délai de sollicitation, le dépassement d'un délai d'abrogation *crée automatiquement un vide juridique*. Pour de plus amples développements sur la distinction entre délais de sollicitation et d'abrogation, voy. les nos 225 et suivants de l'ouvrage.

<sup>46</sup> Voy. CA, arrêt 73/2003 du 26 mai 2003, analysé aux nos 256–261 de l'ouvrage.

<sup>47</sup> Par l'arrêt 106/2004 (commenté au n° 249 de l'ouvrage), la Cour d'arbitrage a en effet annulé, *avec effet au 1er août 2005*, les articles 474 et 475 de la loi-programme du 24 décembre 2002, qui réglaient la procédure de publication des textes officiels au *Moniteur belge*. Or, à défaut d'une nouvelle intervention législative avant cette date, *plus aucune loi, aucun arrêté – et d'ailleurs aucun arrêt de la Cour d'arbitrage – n'aurait pu être légalement publié et, dès lors, être opposé aux citoyens*. La réaction législative, la loi du 20 juillet 2005, ne fut publiée au *Moniteur* que le 29 juillet, soit à deux jours de l'expiration du délai. Pour le dire clairement: la Cour d'arbitrage a joué avec le feu. En effet, le remède tout à fait classique, à savoir une *loi rétroactive*, votée postérieurement à l'expiration du délai, prenant cours au dernier jour utile pour agir (31 juillet 2005), aurait été inopérant en l'espèce: cette loi sur la publication des lois *aurait également dû être publiée au Moniteur*, ce qui aurait été impossible, faute de base légale, après l'expiration du délai. On ne peut qu'espérer que la hardiesse dont le juge constitutionnel a fait montre dans cette affaire fasse à l'avenir place à des décisions plus modérées.

<sup>48</sup> Sur cette notion, voy. les nos 264–272 de l'ouvrage.



constitutionnel: l'édiction de mesures provisoires conduit en effet à *alléger* le caractère contraignant de l'injonction.<sup>49</sup>

## CONCLUSIONS

26. – Nos travaux permettent d'établir que le juge constitutionnel interfère avec l'activité normative du législateur et exerce de la sorte une activité "*positive*," au sens kelsénien du terme.<sup>50</sup> Ces interférences peuvent être lourdes de conséquences et confèrent à la juridiction constitutionnelle une responsabilité de tout premier rang dans la *direction normative de l'État*.<sup>51</sup> Faut-il pour autant conclure que le juge constitutionnel "en fait trop"?<sup>52</sup> Sommes-nous passés de "l'irrigation du droit par le juge constitutionnel"<sup>53</sup> à "l'oligarchie dans la démocratie"?<sup>54</sup>

Il nous semble que non. Si des excès dans la jurisprudence constitutionnelle peuvent être pointés du doigt<sup>55</sup>, un élément essentiel du débat ne doit pas être perdu de vue: c'est que le juge constitutionnel *n'a pas le dernier mot*. Le constituant peut en effet à tout moment modifier les normes de référence du juge constitutionnel et ainsi neutraliser sa jurisprudence.<sup>56</sup>

<sup>49</sup> Voy sur ce point, voy le n° 318 2 de l'ouvrage

<sup>50</sup> Pour plus de détails sur ce point, voy les nos 321–331 de l'ouvrage

<sup>51</sup> Voy notamment les décisions de justice constitutionnelle sur l'*interruption volontaire de grossesse*, problème auquel les trois Cours de notre champ de recherche ont été confrontées voy

- en France, CC, décisions 54 DC du 15 janvier 1975 [IVG I] et 446 DC du 27 juin 2001 [IVG II],

- en Belgique, CA, arrêts 32/90 du 24 octobre 1990 et 39/91 du 19 décembre 1991, et

- en Allemagne, BVerfG, arrêts du 25 février 1975 [IVG I] (BVerfGE, 39, 1, examiné au n° 268 de l'ouvrage à paraître) et du 28 mai 1993 [IVG II] (BVerfGE, 88, 203, examiné au n° 269)

<sup>52</sup> Ph Blachère, "Le Conseil constitutionnel en fait-il trop?", *Pouvoirs*, 105 (2003), 17-28, ici 27 "en se situant sur le seul terrain du droit, il est possible de soutenir que le Conseil constitutionnel 'en fait trop'"

<sup>53</sup> N Molfessis, "L'irrigation du droit par les décisions du Conseil constitutionnel," *Pouvoirs*, 105 (2003), 89–101

<sup>54</sup> W Brohm, "Die Funktion des BVerfG – Oligarchie in der Demokratie?", *Neue juristische Wochenschrift*, 2001, 1–10, voy aussi P Martens, "Les cours constitutionnelles des oligarchies illégitimes?", in *La République des juges*, Actes du colloque organisé par le Jeune Barreau de Liège le 7 février 1997, 53–72

<sup>55</sup> Voy avant la décision IVG II de la Cour constitutionnelle allemande, présentée au n° 269 de l'ouvrage

<sup>56</sup> Voy notamment L Favoreu, "La légitimité du Conseil tient à ce qu'il n'a pas le dernier mot," *Le Figaro*, 27 août 1993, 5, et, "Le Parlement constituant et le juge constitutionnel," *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril*, Paris, Montchrestien, 2001, 238

Une certaine vigilance à l'égard de juges qui ont le pouvoir d'invalider des textes votés par des Assemblées démocratiquement élues, alors qu'ils ne puisent eux-mêmes leur légitimité dans aucune élection, est certes de mise.<sup>57</sup> Mais il convient de se garder de conclusions extrêmes: si l'intervention de plus en plus marquée de la justice constitutionnelle soulève des interrogations, elle semble toujours préférable à l'*absence pure et simple* d'une telle instance, absence qui transformerait à nouveau le texte constitutionnel en un "recueil de bons conseils à l'usage du législateur,"<sup>58</sup> dépourvu de normativité. Le juge constitutionnel Paul Martens a parfaitement résumé cette situation en soulignant que:

"la démocratie ne peut tolérer que des pouvoirs s'exercent à l'abri des juges pas plus qu'elle ne peut admettre que des juges ne se justifient que devant leur conscience."<sup>59</sup>

27.— La réussite du difficile acte de balance entre le '*trop peu*' d'une cour constitutionnelle chétive et le '*trop*' d'un véritable législateur prétorien<sup>60</sup> n'est pas assurée d'avance. Tel un satellite<sup>61</sup>, le juge constitutionnel peut glisser de son orbite, vers le bas ou vers le haut, et exposer de la sorte son ordre juridique à de graves dangers.

Comment l'aider à rester sur la bonne trajectoire ? À notre sens, l'un des moyens privilégiés pour assurer l'indispensable équilibre de la justice constitutionnelle tient en l'*étude attentive de ses décisions*. Rares sont les domaines où le rôle de la *doctrine*, argumentée et indépendante, dépouillée des contingences politiques du moment, peut être d'une aussi grande utilité. Si nos travaux, dont nous mesurons par ailleurs les limites, peuvent fournir une modeste contribution à ce débat, ils ont déjà pleinement atteint leur objectif.

<sup>57</sup> M. Verdussen, *Les douze juges, La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Labor, 2004, 51–56.

<sup>58</sup> Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, thèse (Paris, 1928), Paris, LGDJ, 1928, 22.

<sup>59</sup> P. Martens, "De quelques contrôles juridictionnels sur les acteurs politiques," *Revue de Droit de l'Université Libre de Bruxelles*, 16 (1997), 318.

<sup>60</sup> A. Sollner, "Der Richter als Ersatzgesetzgeber," *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 10 (1995), 1–16. Spécifiquement sur le contexte allemand, voy. aussi le délicieux article, éminemment polémique, de R. Lamprecht, "Oligarchie in Karlsruhe Über die Erosion der Gewaltenteilung," *Neue juristische Wochenschrift*, 1994, 3272–3274.

<sup>61</sup> J. Rivero, "Fin d'un absolutisme," *Pouvoirs*, 13 (réédition 1991), 5.

# CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS

## *A Comparative Law Study*

**Allan R. Brewer-Carías**

Professor of Law, Central University of Venezuela  
Academy of Political and Social Sciences, Venezuela  
International Academy of Comparative Law



**CAMBRIDGE**  
UNIVERSITY PRESS

CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS  
Cambridge, New York, Melbourne, Madrid, Cape Town,  
Singapore, São Paulo, Delhi, Tokyo, Mexico City

Cambridge University Press  
32 Avenue of the Americas, New York, NY 10013-2473, USA

www.cambridge.org

Information on this title www.cambridge.org/9781107011656

© Cambridge University Press 2011

This publication is in copyright. Subject to statutory exception  
and to the provisions of relevant collective licensing agreements,  
no reproduction of any part may take place without the written  
permission of Cambridge University Press

First published 2011

Printed in the United States of America

*A catalog record for this publication is available from the British Library*

*Library of Congress Cataloging in Publication data*

Brewer Carías, Allan-Randolph

Constitutional courts as positive legislators : a comparative law study / Allan Brewer-Carías

p cm

Includes bibliographical references and index

ISBN 978-1-107-01165-6 (hardback)

1 Constitutional courts 2 Legislative power 3 Judicial review 4 Comparative law

I Title

K3370 B735 2011

347' 035-dc22 2011002968

ISBN 978-1-107-01165-6 Hardback

Cambridge University Press has no responsibility for the persistence or accuracy of URLs for  
external or third-party Internet Web sites referred to in this publication and does not guarantee  
that any content on such Web sites is, or will remain, accurate or appropriate